

Sentencia T-194/10

RETEN SOCIAL-Protección especial a trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No es absoluta

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Interpretación dada por la Corte Constitucional respecto a partir de cuando debe contabilizarse el término de tres años para pensionarse

PREPENSIONADO-Alcance unificado de la Corte Constitucional

Para efectos de la protección laboral, cuando se trata de personas próximas a pensionarse en el marco de un proceso de estructuración administrativa, (i) tienen la condición de prepensionados los servidores públicos a los cuales les falten tres años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas para obtener el disfrute de la pensión de vejez; (ii) los tres años señalados en la regla anterior, deben contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad objeto de liquidación y; (iii) la protección concedida, sólo tiene vigencia desde el momento en que se inicie el proceso de liquidación, y hasta tanto se extinga material y jurídicamente la entidad sometida a dicho trámite, o se haya reconocido al servidor el derecho a una pensión de vejez, lo que ocurra primero.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental

PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN-Requisitos según Ley 100 de 1993

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Práctica exámenes para calificación del estado de invalidez

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Vulneración de derechos por la dilación en la práctica de la calificación de la pérdida de capacidad laboral de una persona

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Honorarios corresponde reconocerlos a la entidad de previsión a que esté afiliado el solicitante

DERECHO A LA SALUD-Continuidad en la prestación del servicio

PRINCIPIO DE NECESIDAD-Concepto en el campo de la salud

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Casos en que hay un traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra EPS cuando no ha sido revocada su licencia de funcionamiento o ha sido ordenada su liquidación

RETEN SOCIAL Y PLAN DE RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Protección especial a trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta

ACCION DE TUTELA-Orden al Seguro Social de autorizar y realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS de continuar garantizando la prestación de los servicios médicos

Referencia.: expediente T-2332859

Acción de tutela de María del Carmen Lozano Padilla contra el Ministerio de la Protección Social, la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, el Instituto de Seguros Sociales y la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados(a) Maria Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, el veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009),

en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el dos (2) de julio de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda

1. El veintisiete (27) de marzo de dos mil nueve (2009), la señora María del Carmen Lozano Padilla¹ interpuso acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social², la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación³, y el Instituto de Seguros Sociales⁴, por considerar que las accionadas vulneraron sus derechos constitucionales a la salud, igualdad, seguridad social y vida. Posteriormente, por auto del dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009), el juez de primera instancia vinculó al trámite de amparo a la Nueva EPS. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:

1.1. María del Carmen Lozano Padilla laboró en el Instituto de Seguros Sociales -seccional Tolima- (ISS), desde el veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) hasta el veinticinco (25) de junio de dos mil tres (2003). Con ocasión de la escisión del ISS y la creación de la ESE Policarpa Salavarrieta, el veintiséis (26) de junio de dos mil tres (2003) fue vinculada a esta última entidad, en donde prestó sus servicios hasta el dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008).

1.2. El seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001) fue hospitalizada por padecer dolor facial, odinofagia, edema facial y auricular, y nistagmus retractil en ojo izquierdo. El veintiséis (26) de febrero de dos mil tres (2003) se le diagnosticó parálisis facial auditiva y nervio oftálmico secundario a herpes zoster e hipoacusia izquierda. Como consecuencia de sus dolencias, el jefe del departamento de riesgos laborales del ISS ordenó su reubicación laboral. Posteriormente, el catorce (14) de marzo de dos mil cinco (2005) se le diagnosticó disminución auditiva equivalente a 50 decibeles en oído izquierdo.

1.3. El dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008) se suprimió el cargo que desempeñaba en la ESE Policarpa Salavarrieta, adquiriendo por ello la condición de desempleada, calidad que ha mantenido hasta la fecha de presentación de la acción de tutela.

1.4. La Nueva EPS, entidad que le venía prestando el servicio de salud, luego de transcurridos

tres meses de su desvinculación laboral, le suspendió la prestación del tratamiento médico que le estaba suministrando (octubre de 2008)⁵.

1.5. Sobre su situación económica sostuvo: “me encuentro en una grave crisis económica, psicológica y clínica, me encuentro sin empleo, pues por mi edad y condiciones médicas me ha sido muy difícil encontrar un empleo digno y honrado (sic); (...) el único sustento que tenía mi familia, eran los ingresos que como técnico de servicios administrativos devengaba, siendo además, que no tengo ninguna alternativa económica (sic)...” (fl. 4 Cdno. 1).

1.6. Con fundamento en los hechos descritos, la señora María del Carmen Lozano Padilla solicitó ante el juez de tutela, que se ordenara a las accionadas (i) la prestación integral del servicio de salud y; (ii) la práctica de la Junta Regional de Calificación de Invalidez con el objeto de “fijar el correspondiente índice lesional y definir [su] situación médico laboral (sic)” (fl. 2 ib.).

Intervención de las entidades accionadas

2. Notificadas de la acción de tutela, las entidades accionadas dejaron correr en silencio el término de traslado del amparo constitucional.

Del fallo de primera instancia

3. La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009) concedió el amparo constitucional frente al Ministerio de la Protección Social y la ESE Policarpa Salavarrieta.

El Tribunal consideró que el marco de la controversia debía circunscribirse a determinar si el Ministerio de la Protección social y la ESE Policarpa Salavarrieta vulneraron los derechos fundamentales de la peticionaria al separarla definitivamente de su cargo, sin considerar que sus condiciones económicas, de salud y tiempo laborado la hacían sujeto de especial protección constitucional, y por ende, merecedora de ser incluida en el denominado retén social.

Como sustento de su fallo, el a quo indicó que en el caso de la peticionaria concurren las tres causales de inclusión en el retén social, ya que es madre cabeza de familia, tiene una disminución visual-auditiva y está pronta a adquirir su derecho a una pensión de vejez. En

consecuencia, ordenó al Ministerio de la Protección Social y a la ESE Policarpa Salavarrieta, que “de manera concurrente y coordinada, de acuerdo con sus facultades y objeto social, dispongan la suspensión de los efectos jurídicos del decreto 2143 de 2008 en el caso específico de la [accionante], en lo referente a la supresión del cargo que como auxiliar administrativa ocupaba (...), y como consecuencia de ello sea reintegrada al mismo o uno similar, en los términos anotados en precedencia” (fl. 70 Cdno. 1).

Impugnación

De la impugnación de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación

4. La ESE Policarpa Salavarrieta, a través de la apoderada general del liquidador Fiduarria S.A.6, impugnó la sentencia de primera instancia, formulando para el efecto los descargos que se resumen a continuación:

4.1. En cuanto a la calidad de prepensionada de la accionante manifestó: (i) no existe línea jurisprudencial ni precedente consolidado respecto de quiénes deben ser considerados como prepensionados y por tanto el juez debe acoger la interpretación más razonable y ajustada a la Constitución Política; (ii) el criterio más razonable señala que debe considerarse prepensionado la persona que reúna los requisitos para acceder a su pensión de vejez dentro del término del proceso de liquidación fijado por el acto que ordena la supresión de la entidad y; (iii) la actora no ostenta la calidad de prepensionada ya que para la fecha de liquidación material y jurídica de la ESE, proyectada para el treinta y uno (31) de mayo de dos mil nueve (2009), la accionante no habría cumplido los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

4.2. Frente a la protección como persona con limitación física, señaló que la demandante no allegó la calificación de pérdida de capacidad laboral, y por tanto, a la fecha de supresión del cargo la ESE no tenía como conocer si su incapacidad se originaba en una limitación física, pues no contaba con el documento idóneo que acreditara tal condición.

4.3. Sobre la protección como madre cabeza de familia indicó que la actora, en las fechas establecidas en la convocatoria para solicitar la protección de retén social en el año dos mil siete (2007), no remitió la documentación que demostrara su condición de madre cabeza de familia.

4.4. El diez (10) de septiembre de dos mil ocho (2008) la peticionaria recibió por concepto de prestaciones sociales definitivas e indemnización, la suma de treinta y cuatro millones trescientos quince mil noventa y dos pesos (\$ 34.315.092), razón por la cual su mínimo vital se encuentra satisfecho.

4.5. Es imposible jurídica y materialmente reintegrar a la accionante porque el cargo que ocupaba se suprimió en virtud del Decreto 2143 de 2008.

De la impugnación del Ministerio de la Protección Social

5. Dentro del término legal pertinente, el Ministerio de la Protección Social, por medio de la coordinadora del grupo de acciones constitucionales de esa entidad, impugnó la sentencia de primer grado con base en los siguientes argumentos:

5.1. La acción de tutela se presentó diez (10) meses después del presunto hecho vulnerador, situación que la hace improcedente por desconocimiento del requisito de inmediatez.

5.2. La desafiliación de la EPS se produjo por la configuración de los presupuestos previstos en el artículo 10 del decreto 1703 de 2002. (La interviniente no señaló cuáles causales del referido Decreto se subsumen en el asunto sub examine).

5.3. Frente a la petición de calificación de pérdida de la capacidad laboral y determinación de invalidez, manifestó que el Ministerio accionado no tiene competencia para realizar ese procedimiento.

5.4. El Ministerio de la Protección Social no tiene posibilidad de intervenir en el trámite de las reclamaciones relativas a la liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta, ya que la indicada ESE es una persona jurídica diferente del Ministerio demandado. Es el liquidador quien tiene autonomía y facultades legales para desarrollar aquellas actuaciones concernientes a la liquidación de la mencionada entidad.

Del fallo de segunda instancia

6. La Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el dos (2) de julio de dos mil nueve (2009) decidió revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo invocado.

Las razones esbozadas por el ad quem para justificar su decisión, se sintetizan así: (i) la accionante no persiguió la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de que trata el llamado retén social, ni formuló pretensión alguna encaminada a lograr su reintegro, fue el Tribunal Superior de Ibagué quien dio esa interpretación a la demanda de tutela; (ii) el amparo impetrado no cumple el requisito de inmediatez, pues aunque la desvinculación de la actora acaeció en el mes de julio de dos mil ocho (2008), sólo hasta marzo de dos mil nueve (2009) interpuso la acción de tutela; (iii) según información suministrada por la demandante, el treinta y uno (31) de mayo de dos mil nueve (2009) venció el plazo para liquidar la ESE accionada, razón por la cual no es posible ordenar el reintegro de la peticionaria a una entidad que ha desaparecido; (iv) la actora no allegó a la entidad liquidadora la calificación de pérdida de capacidad laboral, ni los documentos requeridos por el Decreto 190 de 2003, con ello incumplió la carga que en ese sentido impone el ordenamiento jurídico; (v) la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación no está llamada a prestar el servicio de salud a la accionante ni a dictaminar su pérdida de capacidad laboral como quiera que carece de competencia para el efecto.

Insistencia presentada por el Defensor del Pueblo

7. En escrito dirigido a la Corte Constitucional el once (11) de septiembre de dos mil nueve (2009), el Defensor del Pueblo, en uso de sus facultades constitucionales y legales, solicitó la revisión del presente caso, con base en las siguientes consideraciones: (i) al momento del despido la accionante se encontraba a menos de tres (3) años de adquirir el derecho a la pensión de vejez; (ii) por medio del Decreto 3263 de 2009 se prorrogó hasta el quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009) la fecha de liquidación de la ESE Policarpa Salavierreta, y por tanto, era procedente el reintegro de la peticionaria y; (iii) la realidad sustancial del caso concreto hace necesaria una correcta interpretación del ordenamiento jurídico que respete el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

8. Mediante autos de los días veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009), catorce (14) de diciembre del mismo año, y dos (2) de febrero de dos mil diez (2010), el Magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas por considerarlas útiles y por ende, necesarias para resolver de fondo⁷. En virtud de lo anterior se oficio:

8.1. A la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación y la sociedad Fiduagraria S.A., para que (i) enviaran a esta Corporación copia de todas aquellas solicitudes que realizó la accionante pidiendo su inclusión en el denominado retén social y; (ii) rindieran informe sobre el estado en que se encuentra el proceso de liquidación de esa ESE.

8.2. Al Ministerio de la Protección Social, para que enviara a esta Corporación copia del acta de liquidación definitiva de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, en donde constare la extinción material y jurídica de dicha entidad, si ello ya hubiere ocurrido.

8.3. Al Instituto de Seguros Sociales -vicepresidencia pensiones- para que remitiera a la Corte copia de las peticiones y recursos que la accionante presentó al ISS solicitando el reconocimiento de derechos pensionales, junto con las resoluciones dictadas al resolver las mismas.

8.4. A la IPS Caprecom Ibagué, para que resumiera la historia clínica de la paciente María del Carmen Lozano Padilla.

En el análisis del caso concreto la Sala hará referencia al contenido de los informes y documentos enviados.

Medida Provisional

Mediante auto del diecinueve (19) de febrero de dos mil diez (2010), ante la dilación surgida en el trámite por las dificultades al momento de recaudar las pruebas decretadas, y por considerar urgente y necesario adoptar medidas de protección del derecho constitucional a la salud de la peticionaria, la Sala Novena de Revisión, ordenó a la Nueva EPS que garantizara la continuidad de los servicios médicos requeridos por la accionante, respecto de las enfermedades que le venían siendo atendidas por la extinta EPS del Instituto de Seguros Sociales, hasta tanto la actora recuperara su estado de salud o la Corte Constitucional dictara sentencia de Revisión de tutela en el presente asunto.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con

lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de veinticuatro (24) de septiembre de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número Nueve (9) de esta Corporación.

a. Problema jurídico planteado

De acuerdo con los hechos expuestos, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar: (i) si la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación vulneró el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada derivado del retén social de la peticionaria, al excluirla, en el proceso de liquidación de esa ESE, de los beneficios del denominado retén social; (ii) si el Instituto de Seguros Sociales -Pensiones- vulneró el derecho constitucional a la seguridad social en pensiones de la accionante, al desatender la solicitud elevada por esta en orden a lograr la autorización de la calificación de su pérdida de capacidad laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y; (iii) si la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la actora, al interrumpir el tratamiento médico prescrito por su médico tratante, alegando para el efecto, la suspensión en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud y la terminación de la relación laboral de la demandante con la ESE Policarpa Salavarrieta.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional reiterará su jurisprudencia sobre: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social; (ii) la revisión de las pensiones de invalidez y el pago de honorarios a las Juntas de Calificación de Invalidez y; (iii) el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos. Finalmente, la Sala abordará el estudio del caso concreto y la revisión de los fallos de instancia.

b. Solución del problema jurídico

La procedencia de la acción de tutela para garantizar la aplicación de las normas del retén social. El alcance del Retén Social en el tiempo. Reiteración de jurisprudencia.

1. La Corte Constitucional ha señalado que para lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, es necesaria la adecuación de la estructura orgánica y funcional de la administración pública, en armonía con las nuevas exigencias y retos que la dinámica de las

relaciones económicas, los avances tecnológicos, y las necesidades de disponibilidad fiscal y de servicio imponen⁸.

En armonía con lo anterior, el artículo 13 de la Constitución Política asigna al Estado la obligación de (i) promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, (ii) adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados y; (iii) proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Bajo tal óptica constitucional, el legislador tramitó la Ley 790 de 2002, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”. En su artículo 12, estableció el derecho a la estabilidad laboral reforzada de aquellos servidores públicos que al momento de la liquidación de la respectiva entidad, tuvieren la condición de personas con limitaciones físicas, mentales visuales o auditivas, madres cabeza de familia sin alternativa económica, o prepensionados, es decir, sujetos que estuviesen próximos a obtener su jubilación⁹.

1.2. La Ley 813 de 2003, normatividad que contiene el llamado Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003–2006, dispuso que “(...) la protección especial establecida en el título 12 [de la Ley 790 de 2002], aplicarán hasta el 31 de enero de 2004 (...)”, salvo lo referente a las personas que estuviesen próximas a pensionarse, las cuales permanecerían en ejercicio de sus cargos. Sin embargo, esta Corporación, en sentencia C-991 de 2004, consideró que la limitación temporal impuesta a las madres o padres cabeza de familia y a las personas discapacitadas, no se ajustaba a los preceptos superiores en cuanto configuraba una discriminación frente a estos grupos vulnerables de la población. Por ello, la Corte, declaró la inexecutable del aparte “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”.

En la misma sentencia, se precisó que la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. En efecto, el Tribunal, en la providencia que se cita, sostuvo: “(...) la Corte ha señalado que la protección laboral reforzada no es de carácter absoluto. Lo anterior implica que si bien estos sujetos [...] no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la

desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso". (Énfasis en el original).

En virtud de la inexequibilidad referida, la Corte, en diversos pronunciamientos, ha señalado que el término de vigencia del reintegro originado en la figura del retén social sería hasta la extinción definitiva de la empresa objeto de la medida de reestructuración o el momento en que quedara en firme el acta final de liquidación¹⁰. Así, tratándose del proceso de liquidación de Telecom, la Corte ha ordenado el reintegro de los actores a sus cargos o a otros de igual o mayor jerarquía "(...) sin solución de continuidad desde la fecha en la cual fueron desvinculados de la entidad y hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa"¹¹, o en otras palabras "hasta tanto no quede en firme el acta final de la liquidación"¹². (Énfasis añadido).

1.3. En resumen, los servidores públicos que ostenten la condición de madres o padres cabeza de familia, personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas, o trabajadores próximos a pensionarse, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en virtud del denominado retén social. Esta protección se extiende hasta el momento en que se termine definitivamente la existencia jurídica y material de la empresa objeto del proceso de reestructuración, o quede en firme el acta final de liquidación de la entidad de que se trate.

1.4. Empero, una consideración complementaria se hace necesaria en el caso de las personas próximas a pensionarse, por cuanto la Corte, a través de sus distintas Salas de Revisión otorgó diferente alcance (i) a la figura del prepensionado; (ii) al término que se toma como referencia para establecer dicha calidad, y finalmente, (iii) al límite temporal de la protección a la estabilidad laboral reforzada de la persona próxima a pensionarse¹³.

En sentencia C-795 de 2009, la Corte Constitucional, consciente de la disparidad de criterios señalada, luego de indicar que las distintas interpretaciones dadas al concepto de prepensionado, lejos de representar una contradicción, resultaban complementarias, procedió a armonizar los planteamientos desarrollados en torno a la figura del prepensionado, fijando un alcance unificado del anotado concepto en los siguientes términos:

"31. En suma, tiene la condición de prepensionado, y por ende, sujeto de protección a la

estabilidad laboral reforzada, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, el servidor público próximo a pensionarse que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres (3) años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Esta protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se de el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero”.

De modo que, en conclusión, para efectos de la protección laboral en comento, cuando se trata de personas próximas a pensionarse en el marco de un proceso de estructuración administrativa, (i) tienen la condición de prepensionados los servidores públicos a los cuales les falten tres años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas para obtener el disfrute de la pensión de vejez; (ii) los tres años señalados en la regla anterior, deben contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad objeto de liquidación y; (iii) la protección concedida, sólo tiene vigencia desde el momento en que se inicie el proceso de liquidación, y hasta tanto se extinga material y jurídicamente la entidad sometida a dicho trámite, o se haya reconocido al servidor el derecho a una pensión de vejez, lo que ocurra primero.

La revisión de las pensiones de invalidez. El pago de honorarios a las Juntas de Calificación de Invalidez, en principio, no le corresponde al trabajador. Reiteración de jurisprudencia.

2. Conforme lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social en su calidad de bien jurídico tutelado tiene una doble configuración. De una parte, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado¹⁴. De otra, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional¹⁵.

2.1. Igualmente, en la sentencia en comento, el Tribunal Constitucional, en armonía con lo dispuesto en los diferentes instrumentos internacionales¹⁶ que en materia del derecho a la seguridad social ha suscrito el Estado colombiano¹⁷, resaltó los elementos mínimos exigibles a los Estados cuando de la garantía del anotado derecho se trata:

“En este orden, dichos elementos comprenden: (1) la existencia de un sistema que garantice las prestaciones y servicios sociales correspondientes a la atención en salud, las

consecuencias derivadas de la vejez, la incapacidad para trabajar, el desempleo, los accidentes y enfermedades profesionales, así como la atención especial y prioritaria a los niños, las mujeres en estado de embarazo, los discapacitados y los “sobrevivientes y huérfanos”; (2) la razonabilidad, proporcionalidad y suficiencia de las prestaciones en relación con las contingencias que busquen atender; (3) la accesibilidad al sistema, específicamente, la garantía de cobertura plena, la razonabilidad, proporcionalidad y transparencia de las condiciones para obtener los beneficios y prestaciones, la participación ciudadana en su administración y el reconocimiento oportuno de las prestaciones”¹⁸. (Subrayado y énfasis añadido).

2.2. En línea con lo anterior, la Constitución Política, en especial en los artículos 13 y 47, confiere una especial protección a aquellas personas que como resultado de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

El artículo 13 de la Carta impone al Estado la obligación de salvaguardar de manera especial el ejercicio del derecho a la igualdad de todas “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. Del mismo modo, le asigna la responsabilidad de sancionar “los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”. Por su parte, la norma fundamental en su artículo 47, señala que “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran.”.

2.3. Con el objeto de materializar los mandatos constitucionales hasta aquí examinados, el legislador a través de la Ley 100 de 1993 creó el Sistema Integral de Seguridad Social, del cual hace parte el Sistema General de Pensiones, cuyo objeto es “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones” (art. 10). (Subrayado añadido).

2.4. Entre las pensiones creadas por el legislador, interesa resaltar la pensión de invalidez por riesgo común contemplada en el capítulo III del título II del régimen de prima media con prestación definida. En general, sobre la naturaleza de la pensión derivada de la

contingencias de la invalidez la Corte Constitucional en sentencia T-538 de 2007 precisó: “el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de fundamental por sí mismo, por corresponder a personas que al haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, sufren gran disminución, o total, en sus posibilidades de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingreso con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de sus familias, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos”.

2.4.1. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, exige como requisito para reconocer el derecho a una pensión de invalidez por riesgo común, que el afiliado al Sistema sea declarado inválido conforme al artículo 38 ídem. Esta última norma señala que “para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

Por su parte, respecto de las entidades encargadas de calificar el grado de invalidez referido en el párrafo anterior, el inciso 2 del artículo 41 de la normatividad en comento, dispone que “Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”.

2.4.2. Ahora bien, en vista de que el reconocimiento de la pensión de invalidez depende de los niveles de pérdida de la capacidad laboral de la persona afiliada al Sistema de Pensiones, el legislador en el artículo 44 del régimen solidario de prima media con prestación definida, contempló la posibilidad de revisar la calificación de la capacidad laboral, en orden a mantener o suspender la prestación pensional de invalidez. Así, la norma en cita regula este procedimiento en los siguientes términos:

“Art. 44.-Revisión de las pensiones de invalidez. El estado de invalidez podrá revisarse:

a) Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3)

años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar.

Este nuevo dictamen se sujeta a las reglas de los artículos anteriores.

El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado;

2.4.3. En cuanto a los gastos que genere la calificación o revisión del estado de invalidez, el artículo 37 del Decreto 2463 de 2001 en arreglo con el literal b del artículo 44 de la Ley 100 de 1993 indica:

“Todos los gastos que se requieran para el traslado del afiliado, pensionado por invalidez o beneficiario sujeto de la decisión, estarán a cargo de la entidad administradora, entidad de previsión social, compañía de seguros, empleador, o solicitante correspondiente.

(...)

Salvo lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 100 de 1993, el costo de los exámenes complementarios y la valoración por especialistas, cuando sean solicitados por la junta de calificación de invalidez, estarán a cargo de la entidad administradora correspondiente.

Cuando el paciente solicite la práctica de exámenes complementarios o valoraciones por especialistas no considerados técnicamente necesarios para la calificación, el costo será asumido directamente por el paciente. Estos gastos serán reembolsados por la entidad administradora correspondiente, cuando el dictamen definitivo sea favorable al afiliado, al pensionado por invalidez, o al beneficiario inválido.

(...)”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia T-1018 de 2006, señaló que las anotadas disposiciones debían ser interpretadas¹⁹ “de conformidad con la Sentencia C-164 de 2000 que decidió la acusación formulada contra el artículo 1295 de 1995 que establecía lo siguiente: [///] Controversias sobre la incapacidad permanente parcial, [...] Los costos que genere el trámite ante las juntas de calificación de invalidez, serán de cargo de quien los solicite, conforme al reglamento que expida el Gobierno Nacional”. (Subrayado añadido).

En efecto, en la sentencia T-1018 de 2006, la Corte revisó el caso de una persona a quien el ISS le suspendió el pago de su mesada pensional luego de que esta no cumpliera con el trámite de revisión de la pensión de invalidez previsto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993. Para readquirir el derecho a una pensión de invalidez, el accionante adelantó varios trámites administrativos. Producto de ellos, fue calificado por la Junta Regional con un 30% de pérdida de la capacidad laboral. Impugnada la calificación por el actor, la Junta Nacional ordenó la realización de varios exámenes, los que sin embargo, no se llevaron a cabo por cuanto el ISS se negó a sufragar el costo de los mismos.

Al enjuiciar el caso así planteado, la Corte recordó el siguiente aparte de la sentencia C-164 de 2000:

“Así, teniendo establecido que el servicio a la seguridad social es un servicio público obligatorio que debe garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y de los discapacitados, artículos 25 y 48 de la Constitución Política, no es de recibo que la entidad de previsión o seguridad social a la que se encuentra afiliado el trabajador, le imponga la obligación de pagar por la realización de una valoración de invalidez, cuando éste necesita conocer un dictamen que le permitirá acceder a la pensión de invalidez. (Subrayado añadido).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional concluyó que corresponde a las entidades administradoras del Sistema, asumir el valor de los gastos que se generen en el transcurso de un trámite orientado a readquirir el derecho a una pensión de invalidez, perdido como consecuencia del procedimiento de revisión de la misma. Así, en la sentencia T-1018 de 2006 la Corte expresó:

“Como puede entonces concluirse la revisión de una calificación de invalidez se debe hacerse de manera periódica y tiene como finalidad determinar si se han producido cambios en la intensidad de la incapacidad, que tengan el efecto de modificar la invalidez inicialmente determinada, ya sea porque aumentó o disminuyó el grado de pérdida de la capacidad laboral, o porque esta incapacidad desapareció. Así mismo, los gastos que se generen con ocasión de la misma serán asumidas por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora según sea el caso”. (Subrayado añadido)

Del mismo modo, al cuestionarse sobre cuál era la entidad obligada, en el caso concreto de la sentencia T-1018 de 2006, a responder por el pago de los costos derivados de la calificación de la pérdida de capacidad laboral del allí accionante, la Corte asumió el siguiente criterio: “En este caso, considerando que el señor Francisco Sotelo Gamboa es pensionado del Instituto de Seguro Social, es esta entidad la que debe cubrir todos los gastos que se produzcan con ocasión del proceso de calificación de invalidez”. (Subrayado añadido)

Bajo este criterio, la Corte Constitucional en sentencia T-033 de 2004, al abordar el enjuiciamiento de un expediente acumulado en el que el ISS se negaba a pagar el costo de unos exámenes médicos ordenados por un juez laboral con el objeto de resolver una disputa sobre el reconocimiento de una pensión de invalidez, señaló que “La razón para considerar que es inconstitucional que el costo del dictamen sea sufragado por el trabajador solicitante, se predica para toda clase de controversias sobre incapacidad”²⁰. (Subrayado y énfasis añadido)

2.4.4. Así mismo, la Corte ha sido enfática en apuntar que la dilación en la práctica de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de una persona, “puede ocasionar la violación del mínimo vital [...] y de los derechos a la salud, puesto que el derecho a la pensión se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos, más aún si se tiene en cuenta el estado de debilidad en el que se encuentra un ciudadano que sufre de cierto grado de invalidez. En efecto, no pueden argüirse razones presupuestales o administrativas para justificar la mora en tales obligaciones”²¹. (Subrayado añadido)

En ese orden de ideas, la ejecución oportuna de todas las actuaciones administrativas y clínicas orientadas a obtener, nuevamente, la erogación de una mesada pensional

suspendida, contribuye, además, a la realización efectiva de los derechos constitucionales a la salud, mínimo vital y seguridad social, en la medida que, se permite a quien alega su permanencia en un estado de invalidez, la definición de su situación médico-laboral, y eventualmente, la restauración de su status pensional.

2.5. En suma, (i) el trabajador que requiera la calificación de su pérdida de capacidad laboral en orden a readquirir su status de pensionado, no debe asumir el costo de los honorarios de los miembros de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez, ni de los exámenes médicos necesarios para alcanzar una calificación ajustada a su real condición de salud y; (ii) corresponde a la entidad de previsión o la administradora de riesgos o compañía de seguros a la que se encuentra afiliado el trabajador, según el caso, sufragar el costo de los gastos que demande la calificación de la pérdida de capacidad laboral cuando el afiliado se halle en búsqueda de su pensión de invalidez.

El derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos. Reiteración de jurisprudencia.

3. La Constitución Política en su artículo 48 consagra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual se prestará a todos los habitantes, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Del mismo modo, el artículo 49 superior “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

3.1. El legislador, a través de la Ley 100 de 1993, como ya se ha dicho, creó el Sistema de Seguridad Social Integral. El artículo 2 de la anotada Ley, consagra los principios bajo los cuales se presta el servicio público esencial de seguridad social. En lo que respecta al principio de eficiencia, la norma en cita lo define como “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”.

Igualmente, en su artículo 153, numeral 9, la Ley 100 de 1993 estableció que “El Sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua, y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional. De acuerdo con la

reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.” (Énfasis añadido)

3.1.1. En armonía con lo indicado, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que uno de los principios que gobierna la prestación de los servicios públicos, como el de salud, es el principio de continuidad, el cual se encuentra inmerso dentro del principio de eficiencia. En efecto, en sentencia SU-562 de 1999, la Corte Constitucional sostuvo: “Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción”.

El Tribunal Constitucional, como intérprete autorizado de la Carta, ha fijado el alcance del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. En sentencia T-406 de 1993, la Corte señaló que “El servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones”.

3.1.2. Como lo permite avizorar la temprana jurisprudencia constitucional sobre la materia, sentencia T-406 de 1993, y más tarde lo comprendió el pleno del Tribunal Constitucional, sentencia C-800 de 2003, el criterio de necesidad ha fungido como pauta para fijar los límites del principio de continuidad en comento. En efecto, esta Corporación, en la última providencia mencionada, señaló que “Desde la sentencia T-406 de 1993 se reconoció que este principio puede ser objeto de limitaciones razonables. La Sala fijó en esta ocasión la necesidad como criterio para establecer cuándo es inadmisibles que se interfiera el servicio público”. (Énfasis y subrayado añadidos)

Ya en sentencia T-829 de 1999, la Corte había definido el criterio de necesidad en los siguientes términos: “Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física deben considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que

se ordene continuar con el servicio”.²²

3.1.3. Conforme lo expuesto, es preciso señalar que la Corte Constitucional, en una progresiva concreción jurisprudencial, estableció que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, en cuyo contenido esencial se halla inmerso el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad; faceta esta última en la que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, se despliega como un auténtico derecho constitucional.

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.²³ Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente”.

(...)

El derecho constitucional de toda persona a acceder, con continuidad, a los servicios de salud que una persona requiere, no sólo protege el derecho a mantener el servicio, también garantiza las condiciones de calidad en las que se acced[e] al mismo”. (Subrayado añadido)

3.1.4. En síntesis, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo dentro de cuyo contenido constitucionalmente protegido se encuentra el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Derivado de este último, se halla inmerso, dentro del derecho fundamental a la salud, el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, el cual busca evitar que la persona a quien ya se le ha iniciado un tratamiento médico, le sea suspendido súbitamente el suministro del mismo. Como todo derecho, el derecho a acceder con continuidad a los servicios de salud, tiene límites. El criterio de necesidad, ha sido erigido por la jurisprudencia constitucional como pauta indispensable para fijar las fronteras de aquellos casos en los que aparezca una tensión entre el derecho a la continuidad en los servicios de salud y otros bienes jurídicos.

3.2. Esta Corporación, al fallar diversas sentencias de revisión, ha decantado algunas hipótesis en las que no es constitucionalmente admisible suspender el servicio de salud a un sujeto que se encuentre incurso en un tratamiento médico ya ordenado o iniciado por una EPS. Así, en sentencia C-800 de 2003, la Corte consideró que una EPS pública o privada, no

puede suspender un tratamiento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, cuando quiera que la entidad encargada del servicio de salud invoque, entre otras, las siguientes razones:

“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;²⁴ (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;²⁵ (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario²⁶; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;²⁷ (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;²⁸ o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.²⁹

3.2.1. Con base en la jurisprudencia reseñada, la Corte Constitucional ha considerado que las entidades prestadoras de salud que se encuentren proporcionando un determinado tratamiento médico a un paciente, deben garantizar su culminación³⁰, incluso con cargo a sus propios recursos en lo cubierto por el POS³¹. La jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada, que dichas entidades únicamente pueden sustraerse de la aludida obligación cuando: (i) el servicio médico que se viene suministrando haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o; (ii) la persona recupere el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando.

3.2.2. En efecto, en sentencia C-800 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, pero “en el entendido de que, en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio (...)”³². Así mismo, sobre este tópico, y en armonía con la situación consistente en la suspensión del servicio de salud, justificada en la falta de pago de los aportes al sistema de salud por la desvinculación laboral de un afiliado, la Corte Constitucional, en aplicación de los criterios jurisprudenciales trazados, señaló en sentencia T-568 de 2005, lo siguiente:

“En consecuencia si a causa de la terminación del contrato de trabajo el actor dejó de aportar al régimen contributivo y por ello quedó sin el servicio médico y no está afiliado a otro régimen, la EPS debe continuar suministrando la atención médica reclamada, hasta que el

[peticionario] sea afiliado nuevamente a una EPS, se vincule como independiente al Régimen Contributivo, se beneficie del Régimen Subsidiado, o hasta tanto la amenaza cese u otra entidad encargada de prestar el servicio en cuestión asuma sus obligaciones legales y los continúe efectivamente prestando”.³³

3.2.3. Igualmente, la jurisprudencia construida sobre el escenario constitucional que se viene examinando, ha considerado que la orden de continuar el suministro de un tratamiento médico, debe cumplir por lo menos los siguientes requisitos para que sea procedente: “1. Debe ser un médico tratante de la EPS quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; 2. El tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados (...). Esto significa que debe haber un tratamiento médico en curso. 3. El mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados”³⁴.

3.2.4. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional en la sentencia C-800 de 2003 ya reseñada, estableció que “en los casos en que las EPS deban seguir atendiendo a una persona, a pesar de que ésta ya no cotiza para el régimen contributivo, se generarán unos costos que no encuentran respaldo financiero en el régimen contributivo. La jurisprudencia de esta Corte ya ha reiterado que es el Estado, por intermedio del Fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) del Ministerio de Protección Social, quien debe responder oportunamente a las peticiones mediante las cuales una EPS repita para asegurar la sostenibilidad del sistema.”.

3.3. Adicionalmente, en esta oportunidad, la Sala considera pertinente pronunciarse sobre el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, cuando, debido a la cancelación de la licencia de funcionamiento, los afiliados de una EPS son trasladados, a prevención, a otra. En particular, examinará el caso del traslado de los afiliados de la EPS del ISS a la Nueva EPS.

3.3.1. El Gobierno Nacional, a través del Decreto 055 de 2007, estableció una serie de reglas que permiten garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, en el evento en que a una entidad encargada de la prestación de dicho servicio, sin distingo de su naturaleza jurídica, se le: (i) revoca la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo

en salud; (ii) interviene para ser liquidada por la Superintendencia Nacional de Salud (iii) ordena la supresión o liquidación o; (iv) autoriza su liquidación voluntaria (art. 1). Para hacer efectivo el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, el Decreto en estudio previó dos mecanismos excepcionales de traslado de afiliados. La afiliación a prevención y la afiliación por asignación (art. 2).

En lo que atañe a la afiliación a prevención, el artículo 3 del decreto 055 de 2007, la define como “un mecanismo excepcional de traslado de afiliados al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, de obligatoria aceptación, consistente en afiliar a prevención, a una o varias entidades promotoras de salud públicas o en donde el estado tenga participación, la totalidad de la población que se encuentre afiliada a la entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, intervención para liquidar, y que debe realizar la entidad promotora de salud objeto de la medida (...)”. (Subrayado añadido)

Finalmente, en lo que aquí interesa, el artículo 4 del citado Decreto, en su numeral 3, impone a las EPS receptoras, la obligación de “garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria”.

Así las cosas, de las normas examinadas, claramente se desprende que, como lo puso de presente la Corte en sentencia T-169 de 2009, el Gobierno Nacional quiso “garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud a los afiliados independientemente de que las Entidades Promotoras del régimen contributivo sean intervenidas para su liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, o les sea revocada su autorización de funcionamiento o se les ordene su supresión o liquidación por parte del Gobierno Nacional o se disponga su liquidación voluntaria, pues dichos procesos se deben desarrollar sin solución de continuidad en la prestación de los servicios de salud para garantizarles a los usuarios sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal y a la dignidad humana”.

3.3.2. En el mes de enero de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, a través de Resolución 28 de 2007, revocó la licencia de funcionamiento de la EPS del ISS. Decisión que

fue confirmada por la Resolución 263 de 2007, mediante la cual, se resolvió el recurso de reposición que formulara el representante legal de la EPS contra la primera Resolución.

En el artículo 1 de la Resolución 28 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, señaló que para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo del ISS, esta entidad debía adoptar mecanismos excepcionales de traslado de sus afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afiliando a prevención, a una o a varias EPS públicas o donde el Estado tuviera participación, a la totalidad de la población que se encontraba afiliada a la EPS del ISS, de conformidad con lo prescrito por el artículo 3 del Decreto 055 de 15 de enero de 2007.

Así, la Superintendencia Nacional de Salud, a través de Resolución 371 de 2008, autorizó la constitución y entrada en funcionamiento de la Nueva EPS, empresa a la que fueron trasladados a prevención, a partir del 1 de agosto de 2008, todos los afiliados de la EPS del ISS³⁵. Igualmente, es pertinente señalar, que la Nueva EPS, entidad promotora de salud del régimen contributivo, fue constituida como una sociedad comercial de naturaleza anónima y de carácter privado, pero con participación de capital público, aportado por Positiva Compañía de Seguros, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional³⁶.

3.3.3. Finalmente, como ya se resaltó, el proceso de cancelación de la licencia de funcionamiento de la EPS del ISS y el posterior traslado de sus afiliados a la Nueva EPS, se realizó con arreglo al derecho constitucional a la continuidad en la prestación del servicio de salud³⁷. Por ello, en lo que respecta a la atención médica de los antiguos afiliados del ISS, ninguna razón le es válida a la Nueva EPS para negarles la atención en salud, como quiera que en virtud del anotado derecho, el Decreto 55 de 2007 y los actos administrativos que trazaron el traslado de los afiliados del ISS a la Nueva EPS, a estos se les debe garantizar el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad.

3.4. En conclusión, las entidades responsables de garantizar el servicio público de salud, no pueden suspender válidamente la prestación de tratamientos médicos ya iniciados, salvo cuando (i) el servicio médico requerido haya sido asumido y prestado de manera efectiva por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud, hubiere superado el estado de enfermedad que se le venía tratando. Igualmente, no es constitucionalmente admisible

suspender la atención en salud a un paciente, argumentando, entre otras, las siguientes razones: (i) que el usuario fue desvinculado laboralmente y por ello cesó el pago de los aportes al sistema de salud y; (ii) porque se trata de pacientes que venían siendo atendidos en la EPS del ISS y fueron trasladados a prevención a la Nueva EPS.

c. Del caso concreto

1. La señora María del Carmen Lozano Padilla interpuso acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social, la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, el Instituto de Seguros Sociales y la Nueva EPS, por considerar que estas entidades vulneraron sus derechos constitucionales.

1.1. Aunque la accionante solicitó ante el juez de tutela, que se ordenara a las entidades accionadas garantizar la prestación del servicio de salud y la práctica de la Junta Regional de Calificación de Invalidez con el objeto de definir su situación médico laboral, el juez de primera instancia, al estudiar la demanda de tutela, consideró que la accionante perseguía, igualmente, el amparo de su derecho a la estabilidad laboral reforzada en virtud del denominado retén social.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia del 29 de abril de 2009, concedió el amparo constitucional frente al Ministerio de la Protección Social y la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, pero únicamente respecto del derecho a la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, el a quo ordenó a las anotadas entidades, reintegraran a la actora a un cargo similar al que tenía al momento de la supresión de su cargo en la ESE Policarpa Salavarrieta. En la parte motiva de su fallo, el Tribunal se pronunció sobre la necesidad de garantizar la prestación del servicio de salud a la actora y realizar la calificación de su pérdida de capacidad laboral en orden al eventual reconocimiento a una pensión de invalidez, no obstante, omitió librar orden alguna en la parte resolutive de la sentencia.

1.2. Impugnada la decisión por el Ministerio de la Protección Social y la Liquidadora de la ESE, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de instancia, y en su lugar, negó el amparo constitucional.

1.2.1. El ad quem consideró que el llamado retén social había perdido efectos en virtud de la extinción material y jurídica de la ESE accionada.

1.2.2. En lo referente a la petición encaminada a garantizar la continuidad de la prestación del servicio de salud y la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la actora, el juez de segunda instancia manifestó que la accionante debía dirigirse directamente a las autoridades municipales y departamentales, en búsqueda de la satisfacción de sus necesidades en salud, y a la Junta Regional de Calificación de invalidez, a efectos de que esta realizara la calificación solicitada.

1.3. Planteadas así las cosas, la Sala primero se pronunciará sobre la procedencia de la acción de tutela frente al acceso al llamado retén social. Posteriormente, abordará el asunto relativo a la petición de calificación de la pérdida de capacidad laboral y, finalmente, estudiará lo relativo a la suspensión del tratamiento médico que venía siendo prestado por la Nueva EPS.

De la acción de tutela contra la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación.

2. En varias decisiones esta Corporación ha indicado que el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera activa para brindar una adecuada protección a los derechos constitucionales presuntamente conculcados. Para tal efecto, el juez de tutela está obligado a, entre otras cosas, (i) interpretar adecuadamente la solicitud de tutela, analizando íntegramente la problemática planteada; (ii) identificar cuáles son los hechos generadores de la presunta vulneración y sus posibles responsables; (iii) integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas entidades que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, y, finalmente; (iv) proteger, conforme a los hechos probados en el proceso, todos aquellos derechos vulnerados o amenazados, incluso si el accionante no los invocó³⁸.

Conforme a la consideración anterior, es razonable sostener, que pese a que la accionante omitió formular una petición expresa sobre el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada del denominado retén social, efectivamente -como acertadamente lo entendió el a quo- del escrito de demanda se infiere que la ESE accionada podría estar comprometida en la afectación iusfundamental al anotado derecho de la actora, por ello, acertó el juez de primera instancia al enjuiciar dicha eventualidad.

2.1. Como se señaló en los fundamentos normativos de esta sentencia, los servidores públicos que al momento de la liquidación de una entidad estatal, tuvieron la condición de

personas con limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas; madres cabeza de familia sin alternativa económica o; sujetos próximos a obtener una pensión de jubilación, tienen derecho a acceder a los beneficios que dispensa el retén social.

En cuanto a quienes tienen el status de prepensionados, en la parte considerativa de este fallo se indicó que disfrutaban de tal calidad los servidores públicos a los cuales les falten tres años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas para obtener el goce de la pensión de vejez. Así mismo, se dijo que esos tres años deben contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad objeto de liquidación y, que la protección otorgada en virtud del retén social solo puede ser mantenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, esto es, hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso.

2.2. Bajo tal óptica, para establecer la situación pensional de la accionante a efectos de determinar su calidad de acreedora del retén social, resulta necesario identificar la normatividad a ella aplicable en materia de pensiones. Mientras que la demandante, en derecho de petición que formuló frente al ISS el 29 de enero de 2009 se afirma beneficiaria de la convención colectiva del trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial (fl. 85 Cdno. 3), la accionada, al dar respuesta al mismo, niega tal condición argumentando para ello, en síntesis, que (i) la referida convención es un contrato bilateral y consensual que obliga a las partes que lo suscribieron, razón por la cual no vincula a la ESE Policarpa Salavarrieta, ya que esta no fue parte del mismo, máxime si se tiene en cuenta que entre la ESE y el ISS no obró sustitución patronal; (ii) la convención colectiva aplica únicamente a trabajadores oficiales, en esa medida, no cubre a la accionante pues en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003 -por medio del cual se escindió el ISS y se creó, entre otras, la ESE demandada-, se estableció que la naturaleza laboral de los servidores de la anotada ESE sería la de empleados públicos y; (iii) los empleados públicos que laboraban en la ESE Policarpa Salavarrieta y que inicialmente se encontraban vinculados como trabajadores oficiales del ISS y cuyos derechos no se hubieran consolidado en vigencia del anterior régimen, no tienen un derecho adquirido a este último régimen. (fls. 92 a 105 Cdno.3).

Al respecto, observa la Sala que, de una parte, similares argumentos han sido ya analizados in extenso en distintas oportunidades por esta Corporación en sentencias T-1166 de 2008, T-1238 de 2008, T-1239 de 2008, T-178 de 2009 y T-112 de 2009, descartando su

plausibilidad. En la última providencia citada, luego de referirse a dichos descargos, la Corte puntualizó: “En consecuencia, es claro que a la accionante le es plenamente aplicable la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, así haya sido trasladada del ISS a la ESE Luis Carlos Galán y haya cambiado la naturaleza de su vinculación laboral, pues los derechos y prerrogativas consagrados en ésta son derechos adquiridos que deben ser respetados mientras la convención conserve su vigencia”.

Por otra parte, al revisar la respuesta que al aludido derecho de petición dio la ESE accionada, observa la Sala que la demandada, a pesar de la detallada argumentación que expuso para negar la aplicación de la convención colectiva, en momento alguno desconoció que el cargo ocupado por la actora fuera de aquellos cubiertos por la señalada convención. Antes bien, tomó en cuenta la circular 00019 del 4 de marzo de 2004 suscrita entre el Ministro de la Protección Social y el presidente del ISS, la cual dispone que a quienes siendo beneficiarios de la Convención no reúnan los requisitos que la misma exige para acceder a una pensión de vejez, se les aplicará, en lo pertinente, los requerimientos de edad y tiempo de servicio de que trata el Decreto 1653 de 1977 y la Ley 33 1985. Esto es, la demandada admite implícitamente que, por lo menos con anterioridad a la escisión del ISS, la situación pensional de la actora se encontraba cobijada por la convención colectiva del trabajo, y con ello, que el cargo que detentaba la actora por ende también lo estaba³⁹.

Por las razones planteadas, la Sala tomará como parámetro normativo, con el objeto de establecer la calidad de prepensionada de la accionante, la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial. El artículo 98 de la convención colectiva de trabajo en comento establece: “El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (...)”.

En su impugnación, Fiduagraria S.A., con fundamento en la circular N° 00019 indicada, aplicó a la accionante la normatividad prevista en el Decreto Ley 1653 de 1977, en la que el derecho a la pensión de vejez igualmente se adquiere, para el caso de las mujeres, con 50 años de edad y 20 de servicio al ISS (fl. 88 Cdo. 1). Como ya se advirtió, la normatividad aplicable en el presente caso es la reglada por la convención colectiva de trabajo, sin

embargo, la Sala tomará en cuenta algunos de los cálculos hechos por Fiduagraria S.A. al determinar la pertenencia al retén social de la actora, en cuanto las exigencias de tiempo de servicio y edad son comunes en las normas en discusión.

Al confrontar los requisitos indicados en orden a establecer la calidad o no de prepensionada de la peticionaria, Fiduagraria S.A. sostuvo que la accionante solo cumple los mencionados requerimientos, “hasta el 8 de febrero de 2011, fecha para la cual ya ha expirado jurídicamente la ESE Policarpa Salavarrieta y no existe material y jurídicamente (...). En consecuencia, dado que no reúne los requisitos de tiempo y edad para acceder a la pensión a la fecha de culminación de la liquidación, 31 de mayo de 2009, se tiene que no adquiere la calidad de prepensionada”.

Entonces, para Fiduagraria S.A. el cálculo de los tres años para tener a una persona como prepensionada se cuenta tomando como referencia la fecha para la cual está proyectada la desaparición definitiva de la entidad. La posición del liquidador se sustenta en la sentencia T-1076 de 200740 que dispuso: “se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica”.(subrayado añadido).

Empero, como la Sala indicó en los fundamentos normativos de esta providencia, esa interpretación ya ha sido superada por esta Corporación, en la medida que en sentencia C-795 de 2009, el Pleno de la Corte Constitucional armonizó las posiciones hasta entonces sostenidas por las distintas Salas de Revisión, fijando como criterio único el siguiente: “tiene la condición de prepensionado (...) el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez” (subrayado añadido). Sobre el momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres años, la Sala Plena precisó que “el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública”.

Por lo tanto, para establecer la calidad de prepensionado de un servidor público, los referentes normativos a seguir están determinados, de una parte, por la fecha del acto administrativo que dispone la supresión y liquidación de la entidad, y de otra, por el

momento en el que la persona adquiriría el reconocimiento a una pensión de jubilación, con independencia de la fecha para la cual esté proyectada la liquidación de la entidad⁴¹.

De esta manera, como el acto administrativo que decretó la liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta tiene como fecha de expedición el 27 de julio de 2007, todo servidor público de la ESE accionada que adquiriera el derecho al reconocimiento a una pensión de vejez hasta el 27 de julio de 2010, se haría beneficiario de la estabilidad laboral reforzada del retén social, protección que se mantendría hasta el instante de suscripción del acta de liquidación definitiva de esa ESE.

2.3.1. En cuanto al requisito de edad, la Sala encuentra que a la fecha en que se ordenó la liquidación de la ESE, la actora tenía 47 años de edad, y cumpliría los 50, el 12 de mayo de 2010 (fl.45 Cdo.1). Es decir, al 27 de julio de 2007, a la peticionaria le faltaban menos de tres años para cumplir el requisito de edad (50 años) para acceder a una pensión de vejez.

2.3.2. Ahora bien, sobre el tiempo de servicio requerido para hacerse acreedora de una pensión de jubilación, deben realizarse las siguientes precisiones. La ESE accionada reconoce la cotización válida de 6593 días y asevera que para adquirir el derecho a la pensión de vejez se requieren 7200 días (20 años) (fl. 88 Cdo. 1). Sin embargo, en su cómputo el liquidador no tuvo en cuenta los periodos que la accionante laboró en calidad de supernumeraria en el ISS (fl. 105 Cdo. 3).

Al respecto, se observa que la accionante anexó con su demanda, certificación de tiempo laborado suscrita por el jefe del departamento de recursos humanos del ISS, en ella se relaciona que la peticionaria prestó sus servicios en condición de supernumeraria en los periodos que se reseñan a continuación: (a) del 4 al 8 de abril de 1998; (b) del 1 al 30 de marzo de 1998 y; (c) del 9 al 18 de agosto de 1994, para un total de 45 días (fl. 7 Cdo.1)⁴².

Así, la sumatoria de los días reconocidos por el liquidador y los que la peticionaria laboró como supernumeraria, da como resultado 6638 días. De modo que, según este cálculo, a la demandante le faltaban 562 días para cumplir los 7200 días necesarios para alcanzar el reconocimiento a una pensión de vejez. Dicho en otras palabras, a 27 de julio de 2007 - fecha de expedición del Decreto que ordenó la liquidación-, a la peticionaria le restaban menos de tres años para cumplir los requisitos necesarios para acceder a una pensión de

jubilación.

2.4. Vistas así las cosas, está demostrado que (i) la accionante se encontraba dentro del margen que dispone la normatividad para acceder a la protección que brinda el retén social en calidad de prepensionada y por ello, tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada que el mismo dispensa y; (ii) la actora fue desvinculada laboralmente de la ESE demandada el 19 de junio de 2008, fecha en la cual, como se verá, aún no se había liquidado definitivamente la ESE Policarpa Salavarrieta. En virtud de lo anterior, está acreditado que la referida ESE, vulneró el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social de la señora María del Carmen Lozano Padilla⁴³.

2.5. Como se indicó anteriormente, el ad quem en providencia del 2 de julio de 2009, revocó la decisión de primera instancia que había concedido el amparo frente al derecho al acceso al retén social de la peticionaria, y en su lugar, lo negó. El juez de segunda instancia argumentó que la protección que confiere el retén social había perdido efectos en virtud de la extinción material y jurídica de la ESE accionada. Para arribar a esa conclusión, el juez constitucional de segundo grado, tomó como base el Decreto 581 del 26 de febrero de 2009 que fijó como fecha de finalización del proceso liquidatorio el 31 de mayo de 2009.

No obstante, en su decisión el ad quem no tuvo en cuenta, de una parte, que dicho término fue prorrogado por el Decreto 1928 de 2009, el que a su vez fue prorrogado por el Decreto 3263 de 2009 que fijó como plazo para la liquidación final de la mencionada ESE, el 15 de septiembre de 2009. De otra parte, tampoco advirtió que la prueba idónea para establecer la extinción de una entidad en proceso de liquidación es el acta final de liquidación, documento que no fue aportado por el liquidador de la ESE accionada, justamente porque la misma aún no había sido liquidada en forma definitiva.

2.6. Por ello, sería del caso revocar la sentencia de segunda instancia denegatoria de amparo y en su lugar confirmar la del Tribunal Superior de Ibagué en cuanto concedió la tutela impetrada (pero por las razones expuestas en esta sentencia), y en consecuencia, ordenar a la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, el reintegro de la actora al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía, hasta que la demandante cumpliera los requisitos para acceder a una pensión de jubilación o se verificara la extinción jurídica y material de la entidad.

Sin embargo, el Ministerio de la Protección Social y Fiduagraria S.A. enviaron a esta Corporación copia del “Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta”, suscrita el 15 de septiembre de 2009 por el representante de la ESE liquidada y el Ministro de la Protección Social (fl. 71 y 107 Cdno. 3). Por tanto, en vista de que la protección que otorga el retén social sólo puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, la Sala declarará la carencia actual de objeto por daño consumado⁴⁴ respecto del derecho a la estabilidad laboral reforzada que confiere el retén social, y se abstendrá, por ende, de ordenar el reintegro de la accionante.

De la acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales Pensiones.

3. En su escrito de demanda la accionante solicita al juez de tutela se le ordene al Instituto de Seguros Sociales la autorización de la práctica de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en orden a determinar el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral y definir su situación pensional.

3.1. Este Tribunal, con la finalidad de recabar información sobre la situación pensional de la accionante y obtener mayores elementos de juicio, ofició al ISS y a la ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación, solicitando el envío a esta Corte, de copia de todas aquellas solicitudes que la accionante hubiere elevado pidiendo el reconocimiento de derechos pensionales, así como de las respuestas que las entidades dieron a las mismas.

Vencido el término probatorio, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al Despacho del Magistrado Sustanciador, que Fiduagraria S.A. dio respuesta al requerimiento hecho por la Corte, mientras que el ISS hizo caso omiso al mismo.

3.1.1. Revisada la documentación trasladada por Fiduagraria S.A. y los restantes documentos obrantes en el proceso, la Corte observó que la accionante omitió informar en su demanda de tutela que (i) ya en una oportunidad fue calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 60%⁴⁵; (ii) el ISS mediante resolución 11447 de enero de 2007 reconoció la pensión de invalidez por riesgo común a María del Carmen Lozano Padilla⁴⁶; (iii) la anotada pensión, sin embargo, actualmente se encuentra suspendida⁴⁷; (iv) el 29 de enero de 2009 radicó en las oficinas del Instituto de Seguros Sociales seccional Tolima un derecho de petición solicitando,

en lo que aquí interesa, copia auténtica de la calificación de la invalidez que le otorgó una disminución de la capacidad laboral equivalente al 60% (fl. 86 Cdno. 3) y; (v) el 14 de abril de 2009 fue respondida la petición en sentido contrario a las pretensiones de la demandante, en la medida que la ESE Policarpa Salavarrieta en liquidación aseguró no poseer el documento por ella solicitado (fl. 105 Cdno.3).

3.1.2. En virtud de la inconsistencia detectada, la Sala requirió nuevamente ante el Instituto de Seguros Sociales la documentación relativa a la situación pensional de la accionante. Sin embargo, vencido el término probatorio no recibió informe alguno.

3.2. De la situación descrita, la Sala, interpretando el sentido de la demanda de tutela, no controvertida por el ISS, y de conformidad con las pruebas recaudadas en el trámite, infiere que la accionante pretende se califique la pérdida de su capacidad laboral a fin de readquirir el reconocimiento de su derecho a una pensión de invalidez a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

3.2.1. En los fundamentos normativos de esta sentencia se concluyó que (i) el trabajador que requiera la calificación de su pérdida de capacidad laboral en orden a readquirir su status de pensionado, no debe asumir el costo de los honorarios de los miembros de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez, ni de los exámenes médicos necesarios para alcanzar una calificación ajustada a su real condición de salud y; (ii) corresponde a la entidad de previsión o la administradora de riesgos o compañía de seguros a la que se encuentra afiliado el trabajador, según el caso, sufragar el costo de los gastos que demande la calificación de la pérdida de capacidad laboral cuando el afiliado se halle en búsqueda de su pensión de invalidez.

3.2.2. En atención a la jurisprudencia constitucional indicada, está probado que el ISS vulneró el derecho constitucional a la seguridad social de la accionante. En efecto, se acreditó que (i) la demandante está afiliada al Instituto de Seguros Sociales –Pensiones-48 y; (ii) la actora solicitó al ISS el 29 de enero de 2009 el inicio de los trámites necesarios para alcanzar el reconocimiento de su pensión de invalidez (fl. 92 Cdno.3). Así mismo, a pesar de los diversos requerimientos que se le han hecho en el curso del proceso al ISS, este no demostró que hubiere (i) dado trámite a la petición de calificación de pérdida de la capacidad laboral de la demandante y ordenado, por ende, la calificación de su grado de invalidez y; (ii) sufragado el

costo del procedimiento ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

3.3. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional amparará el derecho constitucional a la seguridad social de la peticionaria, y en consecuencia, ordenará al Instituto de Seguros Sociales que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, proceda a autorizar y realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora María del Carmen Lozano Padilla, indicándole los recursos que contra la calificación obtenida proceden. Si la accionante manifiesta su inconformidad con el dictamen realizado por el área de medicina laboral del ISS, la entidad, dentro de los 5 días siguientes a dicha manifestación, remitirá a la Junta Regional de Calificación de Invalidez la aludida calificación. Igualmente, conforme lo señalado en los fundamentos normativos de esta sentencia, el ISS sufragará los gastos que el mencionado procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral genere en las diferentes instancias ante el propio ISS y las Juntas de Calificación de Invalidez Regional y Nacional.

De la acción de tutela contra la Nueva EPS.

4. La presente acción de tutela instaurada por María del Carmen Lozano Padilla contra la Nueva EPS, prospera frente a la EPS mencionada por las siguientes razones:

4.1. La accionante venía recibiendo atención médica para tratar varias enfermedades. No obstante, la Nueva EPS interrumpió el tratamiento y desafilió a la peticionaria. La EPS justificó su conducta argumentando que (i) el último aporte a salud realizado a nombre de la actora data del mes de julio de 2008; (ii) la peticionaria se registra en su base de datos como cotizante retirada y; (iii) la demandante terminó su vinculación laboral con la ESE Policarpa Salavarrieta el 20 de junio de 2008 (fl. 29 Cdo.3).

Conforme se expuso al reiterar la jurisprudencia relativa al derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos, las entidades responsables de garantizar el servicio público de salud no pueden suspender la prestación de tratamientos médicos ya iniciados, salvo cuando (i) el servicio requerido haya sido asumido y prestado de manera efectiva por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud, hubiere superado el estado de enfermedad que se le venían tratando. Igualmente, se advirtió que no es constitucionalmente admisible suspender la atención en salud a un paciente, argumentando, entre otras, las siguientes razones: (i) que el usuario fue desvinculado laboralmente y por ello cesó el pago

de los aportes al sistema de salud y; (ii) porque se trata de pacientes que venían siendo atendidos en la EPS del ISS y fueron trasladados a prevención a la Nueva EPS.

4.2. En aplicación de la jurisprudencia constitucional indicada, esta Sala encuentra que no son de recibo los argumentos expuesto por la Nueva EPS, ya que las justificaciones dadas no son razones válidas de orden constitucional para interrumpir un tratamiento médico en curso, toda vez que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, está acreditado que (i) la peticionaria se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales y le venía siendo atendidas distintas dolencias que afectaron de manera importante su estado de salud (fl. 11 a 40 Cdo.1); (ii) a partir del 1 de enero de 2008 la Nueva EPS asumió la afiliación a prevención obligatoria de todos los afiliados de la EPS del ISS, entre los que se cuenta la accionante, y le prestó los servicios de salud durante el periodo de protección laboral de que era beneficiaria⁴⁹ y; (iii) no obstante que la Nueva EPS estaba prestando un tratamiento médico a la accionante para lograr el restablecimiento de su estado de salud, el mismo fue suspendido argumentando razones constitucionalmente inadmisibles. Igualmente, no existe prueba que de (i) la atención en salud de la accionante haya sido asumida por otra entidad y; (ii) la actora haya superado el estado de enfermedad que la aquejaba a la fecha de su desvinculación de la Nueva EPS.

4.3. Así, corresponde a la Nueva EPS mantener la atención de aquellas enfermedades que la actora adquirió en vigencia de su relación con la EPS del ISS, que venían siendo tratadas por la misma y posteriormente fueron asumidas por la Nueva EPS, hasta tanto otra entidad se haga cargo de la prestación del servicio de salud de la accionante, recupere su estado de salud en relación con dichas dolencias o, adquiera la calidad de trabajadora asalariada o pensionada.

4.4. Del mismo modo, la Nueva EPS podrá repetir contra el Fosyga, pero únicamente sobre los tratamientos prestados para atender las enfermedades que adquirió la accionante en vigencia de su relación con la EPS del ISS, y respecto a los periodos en que preste la atención médica sin recibir el monto correspondiente a la UPC. Si la accionante alcanza la calidad de trabajadora asalariada o pensionada, cesarán los efectos de esta protección.

4.5. En virtud de todo lo expuesto en precedencia, la Sala revocará las sentencias denegatorias de amparo, y concederá la tutela a los derechos a la seguridad social y salud,

en los términos que ya se ha indicado, mientras que en lo atinente al derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social, se declarará la carencia actual de objeto por haberse presentado daño consumado.

Así mismo, el análisis llevado a cabo en el caso concreto, permite advertir que no se vulneró el principio de inmediatez, requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, por cuanto se probó la persistencia en la afectación fundamental de los derechos referenciados.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Levantar la suspensión del término del trámite de revisión, decretada mediante auto del catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Segundo: Revocar las sentencias proferidas por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué el veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009) en primera instancia, en cuanto concedió la tutela del derecho a la estabilidad laboral reforzada en virtud del retén social y, la Sala de Decisión de Tutelas Número Uno (1) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el dos (2) de julio de dos mil nueve (2009), en segunda instancia, en cuanto revocó la tutela del derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social, y en su lugar, declarar la carencia actual de objeto frente al anotado derecho, por haberse presentado la figura del daño consumado, en los términos explicados en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. Tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y salud de la señora María del Carmen Lozano Padilla. En consecuencia, revocar las sentencias denegatorias de amparo de los referidos derechos, proferidas por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué el veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009) en primera instancia, y la Sala de Decisión de Tutelas Número Uno (1) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el dos (2) de julio de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

Cuarto.- Revocar la medida provisional ordenada por la Sala Novena de Revisión en el presente proceso en auto del diecinueve (19) de febrero de dos mil diez (2010), y en su lugar, ordenar en forma definitiva a la Nueva EPS S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, de conformidad con el criterio del médico tratante, continúe garantizando la prestación de los servicios médicos requeridos por la señora María del Carmen Lozano Padilla, pero únicamente respecto de las enfermedades que le venían siendo atendidas por la extinta EPS del Instituto de Seguros Sociales, hasta tanto la accionante recupere su estado de salud en relación con dichas dolencias, otra entidad se haga cargo de la prestación de su servicio de salud o, la actora adquiera la calidad de trabajadora asalariada o pensionada.

La Nueva EPS tiene derecho a repetir contra el fondo de solidaridad y garantías (FOSYGA), para que se le reembolse el valor de los servicios de salud que preste a la señora María del Carmen Lozano Padilla en cumplimiento de este fallo, conforme a los parámetros indicados en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- Ordenar al Instituto de Seguro Social -Pensiones-, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora María del Carmen Lozano Padilla, con base en el manual único de calificación de invalidez, indicándole a la demandante los recursos que contra la calificación obtenida proceden. Si la accionante manifiesta su inconformidad con el dictamen realizado por el área de medicina laboral del ISS, la entidad, dentro de los 5 días siguientes a dicha manifestación, remitirá la aludida calificación a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que se surta el trámite previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, el ISS sufragará los gastos que el mencionado procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral genere en las diferentes instancias ante el propio ISS y las Juntas de Calificación de Invalidez Regional y Nacional, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto.- Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

2 En adelante también el Ministerio accionado.

3 En adelante también la ESE Policarpa Salavarrieta.

4 En adelante también el ISS.

5 Si bien la accionante no se refiere con nombre propio a la Nueva EPS, la Sala observa a folio 36 del cuaderno principal, una “nota de evolución” de la paciente María del Carmen Lozano Padilla, suscrita en un formato de la Nueva EPS, por el médico Fernando Rodríguez Forero el día 6 de octubre de 2008.

6 A lo largo de la sentencia, también se hará referencia a Fiduagraria S.A. como accionada y representante judicial de la ESE demandada.

7 En este aparte sólo se hará referencia a las pruebas relevantes decretadas por la Corte.

8 Sentencias T-587 de 2008 y C-795 de 2009, entre otras.

9 Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la aludida protección laboral, otorgada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, es, además, de origen constitucional. Tal apreciación se desprende de lo prescrito por el artículo 13 superior, en armonía con lo dispuesto por el constituyente en los artículos 42, 43, 44 y 48 de la Carta Política. Al respecto, ver sentencia C-795 de 2009.

10 Al respecto, ver sentencias T-792 de 2004, SU-388 de 2005, SU-389 de 2005, T-602 de 2005, T-726 de 2005, T-538 de 2006, T- 587 de 2008.

11 Sentencia SU-388 de 2005.

12 Sentencia T-792 de 2004.

13 En efecto, en sentencia C-795 de 2009, la Corte Constitucional advirtió: “Una precisión adicional se hace necesaria en relación con el alcance de la protección de las personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública. Un examen minucioso de la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, permite sostener que existen concepciones de diferentes Salas de Revisión acerca del concepto de prepensionado o persona próxima a pensionarse, y el límite temporal en que es factible mantener la protección de permanencia y estabilidad reforzada de estos destinatarios, que en apariencia podrían considerarse contradictorias”.

14 En atención a la sentencia C-623 de 2004, la seguridad social “cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.”

15 Sobre el particular, en la sentencia C-623 de 2004, la Corte estableció que la seguridad social como derecho implica, de un lado, la posibilidad de exigir al Estado “la realización de un hecho positivo o negativo (...) consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa”, y por otro, para su efectiva realización, “la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.”

16 El artículo 93 de la Constitución Nacional establece que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

17 Para una relación y análisis de los convenios y tratados que consagran el derecho a la seguridad social y hacen parte del bloque de constitucionalidad, ver sentencias T-414 de 2009, T-090 de 2009, T-448 de 2008 y T-468 de 2007.

18 Sentencia T-414 de 2009.

19 Este criterio resulta igualmente aplicable tratándose del artículo 50 del Decreto 2463 de 2001.

20 El mismo criterio puede advertirse en sentencias T-935 de 2007, T-002 de 2007, T-287 de 2006, T-701 de 2002 y T-204 de 2002, entre otras.

21 Corte Constitucional. Sentencia T-1018 de 2006.

22 Entre muchas otras, esta definición ha sido reiterada en sentencias C-800 de 2003, T-1198 de 2003, T-777 de 2004, T-278 de 2008, T-363 de 2008, T-741 de 2008 y T-263 de 2009.

23 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

24 [Se presinde de este pie de página]

25 En la sentencia T-281 de 1996 (M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez) se ordenó al I.S.S. practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

26 En la sentencia T-396 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se ordenó al I.S.S. culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y en consecuencia había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el I.S.S.

27 En la sentencia T-730/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón a que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

28 En la sentencia T-1029/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

29 En la sentencia T-636/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el interregno entre dos operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

30 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-785 de 2006, T-672 de 2006, T-185 de 2006, T-721 de 2005, T-305 de 2005, T-875 de 2004, T-1079 de 2003, T-993 de 2002.

31 Esta regla se ha aplicado en casos en los cuales está de por medio la atención en salud de un menor de edad. Ver sentencias T-760 de 2008 y T-127 de 2007.

32 Sobre el mismo tópico, se pueden consultar también las sentencias T-263 de 2009, T-059 de 2007 y T-127 de 2007, entre otras.

33 Similar criterio ha sido acogido en sentencias T-359 de 2008, T-344 de 2008, T-278 de 2008, T-1083 de 2007, T-064 de 2006 y T-1079 de 2003, entre otras.

35 Sobre este aspecto, se pueden consultar las sentencias T-499 de 2009, T-183 de 2009 y T-169 de 2009.

36 Al respecto, señala la sentencia T-169 de 2009: “La Nueva EPS está conformada por (i) las cajas de compensación familiar: CAFAM, COLSUBSIDIO, COMFANDI, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE y COMPENSAR quienes tienen el 50% más una (1) acción de participación de capital privado y, (ii) LA PREVISORA VIDA S.A., hoy Positiva Compañía de Seguros S.A., Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, cuya

participación es del 49,9982 % de capital público y, tiene un objeto social que no es comercial, ni industrial ni de economía mixta sino la prestación del servicio público de salud.”.

37 En este sentido pueden consultarse además las sentencias T-169 de 2009 y T-183 de 2009.

38 Sobre este aspecto se pueden consultar las providencias T-502 de 1992, T-288 de 1997, A- 203 de 2002, T-1020 de 2004, T-693 de 2005, A-227 de 2006, A-234 de 2006, A-308 de 2007, A-150 de 2008 y C-483 de 2008, entre otras.

39 Al respecto, en el derecho de petición y en la impugnación de la acción de tutela, la demanda transcribe el siguiente aparte de la mencionada Circular: “A los trabajadores incorporados como empleados públicos a las plantas de personal de las Empresas Sociales del Estado, que no habían cumplido los requisitos de pensión establecidos en la convención colectiva de trabajo, pero son beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, les serán aplicables hasta el 31 de diciembre de 2007, los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión establecidas en el Decreto 1653 de 1977 como funcionarios de la Seguridad Social, o en la Ley 33 de 1985 como servidores públicos”. (fls. 88 Cdno. 1 y 104 Cdno. 3)

40 En similar sentido ver sentencia T-338 de 2008 y T-989 de 2008.

41 Esta solución tiene pleno sentido, pues de ordinario los plazos fijados para la liquidación de una entidad pública se prorrogan consecutivamente. Así, en el caso de la ESE Policarpa Salavarrieta, el Decreto 2866 de 27 de julio de 2007 que ordenó su liquidación, estableció como fecha de finalización de dicho proceso, el año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de ese Decreto. Sin embargo, el mismo fue prorrogado sucesivamente por los Decretos 2710 de 2008, 217 de 2009, 581 de 2009, 1928 de 2009 y 3263 de 2009.

42 Para efectos del cálculo solo se toman en cuenta los periodos efectivamente acreditados en el proceso (fls. 7 Cdno. 1 y 105 Cdno. 3). En su demanda de tutela la peticionaria alega haber laborado en calidad de supernumeraria en el periodo comprendido entre el 25 de mayo de 1987 y el mes de abril de 1988 (no se indica la fecha exacta) (fl. 2 Cdno.1), pero, en la certificación de tiempo laborado al ISS, agregado al expediente por la propia actora, ese

periodo no aparece registrado. De otro lado, en derecho de petición formulado frente al ISS el 29 de enero de 2009, la accionante se duele de la falta de reconocimiento de 4 años laborados en condición de servidora supernumeraria. De esta suerte, si bien la Sala ha reconocido el derecho que le asiste a la accionante de que para efectos de su pensión de vejez se compute el tiempo laborado en calidad de trabajadora supernumeraria, en el presente caso (i) no está acreditado que la accionante haya prestado sus servicios, ni siquiera en condición de supernumeraria, entre el 25 de mayo de 1987 y abril de 1988. La Corte observa que en la certificación a que se ha hecho mención, el ISS sí reconoce otros periodos laborados como supernumeraria, por lo que la omisión del tiempo echado de menos en el sub lite se debe a una razón diferente y; (ii) la cifra de 4 años laborados bajo la modalidad de supernumeraria anunciados por la accionante en el derecho de petición comentado, tampoco coincide con el número de 45 días relacionados en la certificación de tiempo laborado anexada con la demanda (fl. 2 y 7 Cdo.1). De lo anotado, advierte la Sala que en el presente caso subyace una discusión sobre los tiempos efectivamente laborados, que debe ser solucionada en definitiva por el juez ordinario. Esto sin embargo no es óbice para eventualmente proteger el derecho al acceso al retén social, por cuanto lo que éste garantiza es la estabilidad laboral en el empleo.

43 Del mismo modo, comoquiera que se ha verificado el derecho de la accionante a acceder al retén social, la Sala no considera procedente pronunciarse sobre la alegada calidad de madre cabeza de familia y persona discapacitada, hipótesis igualmente contempladas para ser beneficiario del derecho al retén social.

44 Sobre las características de la figura del daño consumado, pueden consultarse las sentencias T-449 de 2009 y T-612 de 2008, entre muchas otras.

45 Ciertamente, entre los documentos enviados por Fiduagraria S.A. se encuentra copia de un derecho de petición que la accionante radicó frente al ISS el 29 de enero de 2009, solicitando, entre otras cosas, “copia auténtica de la Junta Regional de Invalidez practicada a la suscrita, en la que se me fijó una disminución de la capacidad laboral equivalente al 60%” (fl. 86 Cdo. 3).

46 El 17 de febrero del presente año, la Corte consultó el Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO) y verificó esta información. Página web:

<http://websvr.sispro.gov.co/RUAF/Ciente/Web/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx>.

47 Ídem.

48

<http://websvr.sispro.gov.co/RUAF/Ciente/Web/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx>.

49 Al respecto, la Nueva EPS manifestó: “Revisada la información de nuestra base de datos la señora María del Carmen Padilla registra como cotizante RETIRADA, este retiro hace referencia a que terminó su vinculación laboral en la fecha 20/06/2008” (fl. 29 Cdno. 3). Del mismo modo, a folio 36 del cuaderno principal, se aprecia “nota de evolución” de la paciente María del Carmen Lozano Padilla en formato de la Nueva EPS, suscrita el 6 de octubre de 2008. Adicionalmente, la accionante, en afirmación que no fue desvirtuada por la Nueva EPS, sostuvo: “En fin, para el momento del retiro -19 de junio de 2008- me encontraba en tratamiento y control debido a las dolencias presentadas, se me prestó el servicio médico de salud por espacio de tres (03) meses, pero para el mes de octubre se me interrumpió la cobertura en salud” (fl. 4 Cdno. 1). Esto es, la Nueva EPS asumió materialmente la prestación del servicio de salud a la actora.